

*Eros Roberto Grau*

**O DIREITO POSTO  
E O  
DIREITO PRESSUPOSTO**

*9ª edição,  
revista e ampliada*

## **O DIREITO POSTO E O DIREITO PRESSUPOSTO**

© EROS ROBERTO GRAU

*1ª edição: 10.1996; 2ª edição: 09.1998; 3ª edição: 03.2000;  
4ª edição: 02.2002; 5ª edição: 09.2003; 6ª edição: 04.2005;  
7ª edição: 03.2008; 8ª edição: 08.2011.*

ISBN 978-85-392-0254-6

*Direitos reservados desta edição por*  
**MALHEIROS EDITORES LTDA.**  
*Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171*  
*CEP 04531-940 – São Paulo – SP*  
*Tel.: (11) 3078-7205 – Fax: (11) 3168-5495*  
*URL: [www.malheiroseditores.com.br](http://www.malheiroseditores.com.br)*  
*e-mail: [malheiroseditores@terra.com.br](mailto:malheiroseditores@terra.com.br)*

*Composição*  
**PC Editorial Ltda.**

*Capa*  
**Criação: Vânia Lúcia Amato**  
*Arte: PC Editorial Ltda.*

**Impresso no Brasil**  
*Printed in Brazil*  
**08.2014**

## SUMÁRIO

<i>Nota à 9ª edição</i> .....	11
<i>Nota à 8ª edição</i> .....	13
<i>Nota à 5ª edição</i> .....	13
<i>Nota à 4ª edição</i> .....	13
<i>Nota à 3ª edição</i> .....	14
<i>Nota explicativa</i> .....	15
<i>Prólogo</i> .....	17

### I – NOTA INTRODUTÓRIA SOBRE O DIREITO

1. <i>Os diferentes modos de ver o direito</i> .....	19
2. <i>O direito e os direitos</i> .....	21
3. <i>Sistema e princípios jurídicos</i> .....	23
4. <i>Direito e conflito</i> .....	25
5. <i>Políticas públicas e análise funcional do direito</i> .....	26
6. <i>A visão formalista e positivista do direito e a doutrina real do direito</i> .....	32
7. <i>O direito: ciência ou prudência?</i> .....	37

### II – O DIREITO POSTO E O DIREITO PRESSUPOSTO

1. <i>Nota introdutória</i> .....	44
2. <i>A relação entre economia e direito</i> .....	45
3. <i>O direito posto e o direito pressuposto</i> .....	60
4. <i>Direito pressuposto e princípios</i> .....	71
5. <i>O direito pressuposto, ainda</i> .....	72
6. <i>Ainda o direito posto</i> .....	78
7. <i>A noção de direito pressuposto na literatura jurídica</i> .....	78
8. <i>A pretexto de conclusão</i> .....	82

### III – O TEMA DA LEGITIMIDADE DO DIREITO .....

84

### IV – OS MODELOS DE DIREITO FORMAL E DE DIREITO MODERNO E A DUPLA DESESTRUTURAÇÃO DO DIREITO .....

93

1. <i>O direito formal</i> .....	93
2. <i>Pequena nota a respeito do direito e da moral</i> .....	96
3. <i>O direito moderno</i> .....	98
4. <i>O direito formal/direito moderno e a conservação dos meios</i> ...	102
5. <i>A justiça</i> .....	103
6. <i>A dupla desestruturação do direito</i> .....	104
7. <i>Contraponto: pequena nota a respeito da ética</i> .....	108
8. <i>Princípios e valores</i> .....	110
9. <i>Conclusão prospectiva</i> .....	111
 <b>V – O DIREITO DO MODO DE PRODUÇÃO CAPITALISTA E A TEORIA DA REGULAÇÃO</b> .....	116
1. <i>O direito do modo de produção capitalista</i> .....	116
2. <i>A teoria da regulação</i> .....	125
3. <i>Apêndice sobre a desregulação da economia</i> .....	132
 <b>VI – A CRÍTICA DO DIREITO E O DIREITO ALTERNATIVO</b>	145
 <b>VII – SOBRE A IGUALDADE</b> .....	158
 <b>VIII – CRÍTICA E DEFESA DA LEGALIDADE</b> .....	167
 <b>IX – CRÍTICA DA DISCRICIONARIEDADE E RESTAURAÇÃO DA LEGALIDADE</b>	
1. <i>Posição da questão</i> .....	189
2. <i>A doutrina brasileira</i> .....	191
3. <i>Os conceitos jurídicos (conceito e noção)</i> .....	193
4. <i>Ainda a posição da doutrina brasileira</i> .....	202
5. <i>A interpretação do direito</i> .....	204
6. <i>Discricionariedade versus interpretação</i> .....	208
7. <i>A chamada discricionariedade técnica</i> .....	211
8. <i>Exame e controle, pelo Poder Judiciário, dos atos discricionários</i> .....	212
9. <i>Observações conclusivas</i> .....	218
 <b>X – CRÍTICA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: AS FUNÇÕES ESTATAIS, OS REGULAMENTOS E A LEGALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO, AS LEIS-MEDIDA</b>	
1. <i>A separação dos poderes</i> .....	222
2. <i>Poder e função</i> .....	232
3. <i>Norma jurídica</i> .....	234
4. <i>Função normativa e função legislativa</i> .....	236
5. <i>Os regulamentos e a legalidade no direito brasileiro</i> .....	240

6. As leis-medida .....	250
XI – O ESTADO, A LIBERDADE E O DIREITO ADMINISTRATIVO .....	252
XII – NOTA SOBRE A GLOBALIZAÇÃO .....	265
XIII – EQUIDADE, RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE E PRINCÍPIO DA MORALIDADE .....	275
XIV – NOTA SOBRE A MORALIDADE E O DIREITO MODERNO .....	283
XV – SOBRE A ÉTICA JUDICIAL	
1. <i>Sobre a ética e a ética judicial</i> .....	287
2. <i>A interpretação/aplicação do direito</i> .....	289
3. <i>A função de julgar</i> .....	289
4. <i>Os cânones fundamentais da ética judicial</i> .....	291
XVI – IMUNIDADE PARLAMENTAR E PRERROGATIVA DE FORO; A DISTINÇÃO ENTRE PRERROGATIVA E PRIVILÉGIO .....	294
XVII – ARBITRAGEM E CONTRATO ADMINISTRATIVO ..	298
1. <i>Jurisdição e arbitragem</i> .....	298
2. <i>A equivocada noção de contrato administrativo</i> .....	299
3. <i>Indisponibilidade do interesse público e disponibilidade de direitos patrimoniais</i> .....	305
XVIII – O FUTURO DO DIREITO	
1. <i>O futuro, há mais de 10 anos</i> .....	309
2. <i>Os juristas, a subsunção, a preservação das estruturas e o não futuro</i> .....	310
3. <i>O direito o posto e o pressuposto e as transformações</i> .....	312
4. <i>Soberania, violência e direito, exceção</i> .....	314
5. <i>O não lugar da soberania</i> .....	314
6. <i>Um novo nomos da terra?</i> .....	317
7. <i>Um direito (= ordenamento) sem nomos da terra?</i> .....	318
8. <i>Nova Lex Mercatoria e arbitragem transnacional</i> .....	319
9. <i>A exceção</i> .....	321
10. <i>Contraponto</i> .....	325

11. <i>Ainda a exceção</i> .....	326
12. <i>Conclusão: a supersoberania, a exceção e o novo nomos</i> .....	327

## **XIX – REALISMO E UTOPIA CONSTITUCIONAL**

1. <i>Os direitos do homem</i> .....	328
2. <i>A Constituição</i> .....	333

## **XX – OBSERVAÇÕES A PROPÓSITO DO STF** .....

1. <i>Estado e governo</i> .....	340
2. <i>Banalização dos julgamentos</i> .....	340
3. <i>A função do Judiciário, razoabilidade e função de legislar</i> .....	341
4. <i>A súmula vinculante e a repercussão geral</i> .....	344
5. <i>Tribunal constitucional/tribunal criminal</i> .....	346
6. <i>A instituição</i> .....	347

## **XXI – BREVE MEMÓRIA EM TORNO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988** .....

## **XXII – A INDEPENDÊNCIA DO PODER E A INDEPENDÊNCIA DOS PODERES: MONTESQUIEU E HEGEL** .....

## **XXIII – PARTIDOS POLÍTICOS E ESTADO** .....

## **XXIV – O STF E A REPÚBLICA** .....

## **XXV – A MÚSICA E O DIREITO** .....

## **Bibliografia** .....

## **Índice onomástico** .....

## **Índice alfabético-remissivo** .....